

JOSE-RAMON REGO RODRIGUEZ  
PROCURADOR colegiado 222  
NIF 01487298A  
E mail rego222@icam.es

Infanta Mercedes, 79. 7º 2ª  
28020 MADRID  
T 915796644 F 915713364  
MOVIL: 639721082  
www.despachoprocurador.com/regorodriguez

D. RAFAEL RUIZ REGUANT  
Abogado  
Victor de la Serna, 4. 4º B  
28016 MADRID

REF LTDO.- REF CLIENTE.-

M/RFA.- 13.274  
ARCHIVO M/REF.-

ASUNTO: JUICIO ORAL  
AUTOS o ROLLO: 42/08  
JUZGADO DE LO PENAL Nº 21 MADRID  
CLIENTE: D. [REDACTED]  
CONTRA:

RESOLUCION: SENTENCIA ABASOLUTORIA DE CLIENTE  
NOTIFICADA: 16.01.2012

OBSERVACIONES.-

Estimado/a compañero/a:

A la presente acompaño resolución judicial del asunto arriba referenciado.

Cualquier escrito para presentar al respecto, puedes hacerlo por fax o correo e, a: [REDACTED]; interesando aviso de envío, esperando su recepción, antes de las 19 horas del día anterior a su vencimiento, y si se va a presentar según art. 135.1 LEC, antes de las 9 horas del día al que se refiere el referido artículo.

Sin otro particular, recibe un cordial saludo.

Fdo. José-Ramón Rego Rodríguez



Habiendo intervenido como acusación oficial el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Doña Paz Ruiz; y como Acusación Particular la entidad "[REDACTED]", representada en el acto del Juicio por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Angeles Martín Martín, con la defensa del Letrado don Juan Carlos Mejías.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por turno de reparto correspondió a este Juzgado de lo Penal el enjuiciamiento y fallo del procedimiento abreviado nº 1582/01, procedente del Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid, entre las partes y por el delito que quedó expuesto, siendo registrado como juicio oral nº 42 de 2.008.

Se señaló para la celebración del juicio oral el día de la fecha, citando en forma a las partes y testigos.

Al acto del juicio compareció el acusado [REDACTED] y [REDACTED] compareciendo asimismo los responsables civiles directos, [REDACTED] y entidad LA CAIXA.

**SEGUNDO.-** Practicada la prueba propuesta y admitida, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales, introduciendo una calificación alternativa al delito de apropiación indebida y calificando definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 en relación con el art. 390.1, 2 y 3 del Código Penal y de un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252, en relación con el art. 248 y 249 y 74 del código Penal, y, alternativamente al delito de apropiación indebida, de un delito societario del art. 295 del Código Penal, de los que sería responsable en concepto de autor el acusado [REDACTED] con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 del Código Penal respecto del delito de apropiación indebida y, además, de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª del código Penal en relación a ambos delitos, considerando procedente imponer al acusado por el delito de

falsedad la pena de cinco meses de prisión y multa de cinco meses, con una cuota diaria de 100 euros y por el delito de apropiación indebida o por el delito societario, de acuerdo a la calificación alternativa, la pena de cuatro meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de costas, procediendo en vía de responsabilidad civil declarar la nulidad del acta de la Junta de fecha 30 de noviembre de 2.000, debiendo hacerse entrega de la cantidad consignada a la entidad [REDACTED]

La Acusación Particular elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, si bien exclusivamente las referidas a [REDACTED] calificando definitivamente los hechos como constitutivos de un delito societario previsto en el art. 290 del código Penal por falsear el acta del consejo de administración de 30 de noviembre de 2001 con el ánimo de la apropiación de los fondos de la cuenta de la sociedad, de un delito societario del art. 292 del código Penal por imponer o aprovecharse de acuerdos sociales mediante la privación indebida del derecho de voto, de un delito societario del art. 295 del Código Penal por disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, de un delito de apropiación indebida del art. 252 del Código Penal, de un delito de estafa del art. 248 del código Penal y de un delito de falsedad en documento mercantil del art. 390.2 y 390.3 en relación al art. 392 del Código Penal, de los que sería responsable en concepto de autor el acusado [REDACTED] con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22 a la espera de la recepción de la hoja histórico penal del acusado, considerando procedente imponer al acusado, por el delito societario del art. 290 del código Penal la pena de tres años de prisión y multa de doce meses, a razón de cincuenta euros al día, por el delito del art. 292 C.P. la pena de prisión de tres años, por el delito societario del art. 295 C.P. la pena de prisión de tres años, por el delito de apropiación indebida la pena de tres años de prisión, por el delito de estafa la pena de tres años de prisión y por el delito de falsedad en documento mercantil la pena de tres años de prisión y multa de doce meses, a razón de cincuenta euros día de cuota, debiendo el acusado indemnizar a la mercantil [REDACTED] en la cantidad de 34.804,26 euros, más los intereses legales por los daños y perjuicios materiales causados, debiendo indemnizar a [REDACTED] en la cantidad de 4.000 euros, más los intereses legales en concepto de daños morales, con la

responsabilidad civil subsidiaria por todos los conceptos indemnizatorios y en la cuantía que exceda de las consignaciones efectuadas, a modo solidario de [REDACTED] y de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (LA CAIXA) en la persona de su legal representante, con imposición de las costas causadas, incluidas las de la Acusación Particular.

La defensa del acusado elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, solicitando que, en cualquier caso, se considere de aplicación la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª del Código Penal, solicitando la expresa imposición de las costas de la defensa a la Acusación Particular, en base a su actuación abusiva y temeraria.

La defensa de las responsables civiles subsidiarias, entidad La Caixa y [REDACTED] elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, solicitando la libre absolución de sus representadas.

Presentados los informes definitivos quedó el juicio visto para Sentencia.

**TERCERO.-** Observadas las prescripciones legales y procedimentales.

### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO Y ÚNICO.-** Se declara probado que en fecha 14 de mayo de 1.999 se firmó un contrato entre la mercantil "[REDACTED]", representada por su Administrador Unico, [REDACTED], y la también mercantil "[REDACTED]", constituida a partes iguales entre "[REDACTED]" y "[REDACTED]", representada, como Administradores Mancomunados, por el hoy acusado [REDACTED] (representante de [REDACTED] y por [REDACTED] (representante de [REDACTED]). En dicho contrato convinieron constituir una compañía anónima con la exclusiva finalidad de ejercitar una opción de compra transmitida por la compañía [REDACTED] ([REDACTED]) sobre unos terrenos propiedad de la misma ubicados en la localidad almeriense de Vera para la promoción inmobiliaria en la zona.

Con estos antecedentes se constituyó en fecha 28 de mayo de 1.999 la sociedad [REDACTED] con un capital social de diez millones de pesetas, que aportaron por partes iguales la sociedad [REDACTED], representada por su administrador [REDACTED] y la sociedad [REDACTED], representada por sus administradores mancomunados, el acusado [REDACTED] siendo el objeto social de la sociedad, a tenor de sus Estatutos Sociales, el desarrollo y promoción de todo tipo de edificaciones, ya sean de viviendas, oficinas o destinadas a cualquier otro uso lícito, así como de urbanizaciones y complejos urbanísticos, ya sea para su venta, alquiler, excluido el arrendamiento financiero (leasing), o cesión por cualquier otro título; así como la adquisición por cualquier título de todo tipo de bienes inmuebles, ya sean pisos, apartamentos, solares, locales comerciales, fincas urbanas o rústicas, para su ulterior venta, alquiler, excluido el arrendamiento financiero (leasing), o cesión a terceros por cualquier título lícito.

Para el funcionamiento de la sociedad [REDACTED] se constituyó un Consejo de Administración, con la siguiente composición:

Presidente: [REDACTED]

Vicepresidente: [REDACTED]

Vocal: [REDACTED]

Vocal: [REDACTED]

Secretario no Consejero: [REDACTED]

Consejeros Delegados Mancomunados: [REDACTED]

[REDACTED] y [REDACTED] determinándose expresamente en los Estatutos que la forma de actuación de los mismos sería la siguiente: representarían a la sociedad, actuando conjunta o mancomunadamente [REDACTED] con uno cualesquiera de los otros dos consejeros-delegados mancomunados designados, a saber [REDACTED] o [REDACTED]

En cuanto a las aportaciones dinerarias del capital social se suscriben y desembolsan por la sociedad "C[REDACTED]" y "A[REDACTED]" cinco millones de

pesetas por cada una, correspondiendo las acciones de la sociedad a las anteriores, asignándose la mitad a cada una (quinientas acciones titularidad de [REDACTED] y otras quinientas acciones titularidad de "[REDACTED]s"), no siendo accionistas ni el Presidente [REDACTED] ni el Secretario [REDACTED] abriéndose una cuenta en la entidad bancaria "La Caixa", sucursal de Barceló [REDACTED], sita en la calle [REDACTED] de Madrid, cuya directora era en aquél momento [REDACTED] con el número [REDACTED] donde se ingresó el dinero de las aportaciones sociales.

Al objeto de cumplir la opción de compra pactada con la propietaria de los terrenos, debían abonársele cincuenta millones de pesetas a 30 de diciembre de 1.999, pagando "[REDACTED]" sus 25.000.000 ptas. (12.500.000 de [REDACTED] y 12.500.000 de [REDACTED]), no haciéndolo sin embargo, la sociedad "[REDACTED]" de la que era Administrador Único [REDACTED], perdiéndose la opción de compra pactada, por lo que la Sociedad [REDACTED] no llegó a tener actividad alguna, pese a lo cual soportaba el pago mensual de alquiler de una furgoneta Ducato con número de matrícula [REDACTED] con la compañía "[REDACTED]", en base a un contrato suscrito el 16 de noviembre de 1.999 por [REDACTED] y por [REDACTED] pero que venía usando exclusivamente éste último, no procediendo a la resolución del contrato de alquiler, para lo cual era precisa su firma, contrato que únicamente generaba gastos para la sociedad, de hecho inactiva.

Para poner fin a dicha situación se celebró una Reunión del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima "[REDACTED]" en fecha 30 de noviembre de 2.000, a las 13,30 horas, en la que constaba la asistencia y la firma de todos los miembros del Consejo de Administración de la sociedad [REDACTED] menos la del vocal [REDACTED], en la que se acordaba cesar a los consejeros delegados designados en la reunión del Consejo de Administración de la citada sociedad celebrada en el acto de constitución de la misma el día 28 de mayo de 1.999, siendo los consejeros cesados [REDACTED] y [REDACTED] revocando a los mismos la delegación permanente de facultades concedida a aquellos en el acto de constitución y en la que se nombraba Consejero

Delegado único y permanente, con todas las facultades que legal y estatutariamente competen al Consejo de Administración, salvo las indelegables, al acusado [REDACTED] [REDACTED] quien, en tal condición y con ánimo de evitar que se siguieran cargando los gastos del alquiler de la furgoneta a la sociedad y sin ánimo de obtener ningún lucro ilícito ni beneficio propio, ordenó en fechas 31 de enero de 2.001 y 14 de febrero de 2.001, respectivamente, sendas transferencias de fondos por importes respectivos de 4.840.943 pesetas (29.094,65 euros) y 950.000 pesetas (5.709,61 euros) desde la cuenta social de la entidad "[REDACTED]" a otra cuenta que tenía en la misma sucursal la sociedad [REDACTED], de la que el mismo era Administrador y que no tenía relación alguna con la entidad [REDACTED] extrayéndolos seguidamente de la citada cuenta bancaria, manteniéndolos en depósito a disposición de la entidad [REDACTED]

Las referidas cantidades fueron consignadas en el Juzgado con fecha 28 de noviembre de 2.002 por [REDACTED] a disposición de la Sociedad [REDACTED] [REDACTED] (folio 574), consignando la cantidad total de 35.308,48 euros, con un exceso de 504,22 euros en relación a las cantidades extraídas.

En la mentada reunión del Consejo de Administración de 30 de noviembre de 2.000 se acordó igualmente facultar al Secretario no consejero de la sociedad, [REDACTED] [REDACTED] para comparecer ante Notario y otorgar todos los documentos necesarios para la efectiva inscripción en el Registro Mercantil de Madrid de los acuerdos adoptados en la presente reunión.

Con fecha 8 de marzo de 2.001 [REDACTED] protocolizó notarialmente el acta confeccionada de la Junta de 30 de noviembre.

No ha quedado acreditado que la Junta de fecha 30 de noviembre de 2.000 no se celebrara con la asistencia de todos los firmantes de la misma ni, en consecuencia, la falsedad del documento en cuestión.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Valorada en conciencia (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) la prueba practicada en el acto del juicio oral los hechos que se dijo se estiman como probados.

**SEGUNDO.-** Se plantea en primer lugar como cuestión previa por la defensa la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y un proceso con todas las garantías, conforme al art. 776.1 de la LECr., al haberse rehabilitado el Auto de Apertura del Juicio Oral dictado por el Juzgado instructor en fecha 14 de diciembre de 2.007 pese a haber sido anulado por un Auto de este Juzgado de lo Penal, favoreciendo de esta manera la pretensión de la Acusación rompiendo el principio de igualdad de partes, al permitir una acusación ampliada por hechos no determinados en el Auto por el que se acuerda la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Y en conexión con esta cuestión, se solicita por la defensa la nulidad de los Autos de 29 de mayo de 2009 y de 20 de noviembre de 2.009, resolviendo el recurso de reforma planteado contra el anterior, dictados ambos por el Juzgado instructor, por vulneración de los derechos fundamentales, así como la nulidad de la providencia de 8 de abril de 2.011 dictada por el Juzgado de lo Penal, en base al art. 18.1 de la L.O.P.J., en relación con el art. 118 de la C.E., cuestiones que, por íntimamente ligadas, constituyen una única cuestión.

Pues bien, esta cuestión ya fue resuelta oralmente al inicio de las sesiones del Juicio, si bien se va a plasmar por escrito en la presente resolución.

Efectivamente, en fecha 20 de abril de 2.009 se dictó Auto por el Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid que devino firme al no haber sido recurrido, por el que se acordaba la extinción de la responsabilidad criminal en relación a los inicialmente acusados [REDACTED] [REDACTED] por prescripción de los delitos de que venía siendo inicialmente acusados, acordando la Nulidad del Auto dictado en las presentes actuaciones en fecha 14 de diciembre de 2.007 (Auto de Apertura del Juicio Oral) respecto al hoy acusado [REDACTED], así como de todas las actuaciones posteriores que tuvieran su base en el dictado del mismo, acordando asimismo que debía

dictarse otro en el que la acusación fuera la delimitada en el Auto por el que se acordaba la tramitación de las presentes diligencias por los trámites del procedimiento abreviado, manteniendo subsistente el resto de actuaciones en lo afectado por el mismo. A tenor de dicho Auto del Juzgado de lo Penal habría de entenderse que las actuaciones solo debían seguirse por el delito de apropiación indebida, ya que el Auto de fecha 12 de diciembre de 2.006, confirmado por el Auto de 26 de Abril de 2.007 dictado por la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, acordaba seguir las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado por si los hechos imputados a [REDACTED] fueren constitutivos de un presunto delito de apropiación indebida.

Devueltas las actuaciones al Juzgado instructor a efectos de cumplimiento de lo acordado en el Auto de fecha 20 de abril de 2.009, por el Juzgado de Instrucción Nº 31 de Madrid se dictó en fecha 29 de mayo de 2.009 Auto por el que se acordaba no haber lugar a la nulidad acordada por el juzgado de lo Penal Nº 21 al no ser este superior jerárquico de aquel, entendiéndose además que no eran válidas las razones argüidas, ya que en el Auto por el que se acuerdan seguir las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado se han de recoger hechos, con independencia de la calificación jurídica de los mismos, acordando devolver la causa al juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid.

Recurrido dicho Auto en reforma, por el Juzgado de Instrucción Nº 31 de Madrid se dictó Auto denegando la reforma interesada del Auto de fecha 29 de mayo de 2.009. Y recurrido el Auto en apelación ante la Audiencia Provincial, por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial se dictó Auto de fecha 1 de febrero de 2.010 por el que se acordaba desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de [REDACTED], confirmando las resoluciones dictadas por el Juzgado de Instrucción Nº 31 de Madrid, entendiéndose, además, que el recurso ni siquiera debió admitirse ya que contra el Auto en que el juez de Instrucción acuerde la apertura del juicio Oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado, como expresamente dispone el art. 783.3 de la LECr. En el Fundamento Jurídico Tercero del Auto de la Audiencia Provincial se decía que en caso “de subsistir la discrepancia entre los dos órganos una vez firmes las resoluciones que el instructor ha adoptado y que ahora pretenden combatirse, corresponderá a los mismos la iniciativa para zanjarla, con arreglo a lo previsto en las leyes procesales.”

La defensa de [REDACTED] que en el escrito de recurso venía a decir que se las acusaciones que excedían la del delito de apropiación indebida se trataba de acusaciones sorprendidas y extemporáneas, viene a decir ahora que el Auto de la Audiencia Provincial de 1 de febrero de 2.020 únicamente se limitaba a confirmar el Auto que devolvía la causa al Juzgado de lo Penal pero que no suponía la confirmación del Auto de Apertura del Juicio Oral de 14 de diciembre de 2.007 como se mantiene por esta Juzgadora. Y en efecto, este es el criterio que sigue manteniendo esta juzgadora, que se limitó a plasmar en la providencia de fecha 8 de abril de 2.011 (folios 2702 y 2703) que también se impugna por la defensa argumentando que en tal resolución se rehabilita arbitrariamente el auto de Apertura del Juicio Oral de 14 de diciembre de 2.007 y argumentando igualmente que el Auto de la Audiencia Provincial de 1 de febrero de 2.010 soslayó entrar en el fondo del asunto. Pues bien, como se apuntó oralmente en el trámite de cuestiones previas al inicio de las sesiones del Juicio, entendemos que la providencia de fecha 8 de abril de 2.011 no acuerda nada sino que se limita, con independencia de que haya adoptado la forma de providencia y no de diligencia, a poner de manifiesto la situación procesal de hecho en que se encuentran las actuaciones. En dicha Providencia de 8 de abril de 2.011 esta juzgadora dejaba constancia de que el único Auto de Apertura del Juicio Oral a que hemos de estar en el presente procedimiento es el Auto de Apertura del Juicio Oral de fecha 14 de diciembre de 2.007, con la aclaración realizada por el Auto de fecha 16 de enero de 2.008, si bien ahora referido únicamente al acusado [REDACTED] y a los responsables civiles, todo ello al no haber aceptado el Juzgado de instrucción nº 31 de Madrid la nulidad del Auto de Apertura del Juicio Oral de fecha 14 de diciembre de 2.007 en virtud de Auto dictado por dicho Juzgado instructor en fecha 29 de mayo de 2.009, confirmado por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 1 de febrero de 2.010. Y entendemos que es el Auto dictado por el Juzgado instructor de fecha 29 de mayo de 2.009 el que, siguiendo un orden lógico, toma una nueva resolución judicial, que la Audiencia Provincial se limita a confirmar. Y no es que la Audiencia Provincial remita obligatoriamente a los Juzgados de lo Penal y de Instrucción a plantear un conflicto procesal no resuelto. La Audiencia Provincial lo único que aventura es la posibilidad de que este Juzgado de lo Penal no esté de acuerdo con lo acordado en el Auto de fecha 29 de mayo de 2.009 y, para ese caso, le remite, y también lo hace de idéntico modo al Juzgado de instrucción nº 31, a la resolución de esa

eventual discrepancia “con arreglo a las leyes procesales”. Cuáles son esas leyes procesales no lo dice la Audiencia Provincial, si bien entendemos que únicamente podrían ser, por aplicación analógica, las reglas previstas para la resolución de las cuestiones de competencia acudiendo al superior jerárquico común. Este Juzgado de lo Penal se ha aquietado, sin embargo, postura que no comparte la defensa, a lo acordado por el Juzgado de instrucción en el Auto de fecha 29 de mayo de 2.009. Y para ver qué es lo que acuerda dicho Auto no cabe sino estar a su contenido. Dicho Auto recoge expresamente en sus razonamientos jurídicos que el Auto dictado por el mismo Juzgado en fecha 12 de diciembre de 2.006 por el que se ordena la continuación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado se adecua en su fundamentación jurídica a la naturaleza y funciones que desarrolla dicha resolución en el proceso. Así determina cuales son esta naturaleza y funciones y cita jurisprudencia “menor”, en concreto el criterio seguido por el auto de fecha 29 de septiembre de 2.008 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, consideraciones y jurisprudencia que esta juzgadora comparte. Así, sienta el Auto del Juzgado de Instrucción que, según doctrina constante del Tribunal Supremo, la naturaleza y funciones del Auto que acuerda seguir los trámites del Procedimiento Abreviado son la conclusión provisoria de la fase de instrucción, la continuación del trámite a través del procedimiento abreviado, por apreciar que los hechos investigados podrían ser constitutivos de alguno de los delitos a que se refiere el art. 757 de la LECr. y, con efectos de mera ordenación del proceso, el traslado a las partes acusadoras, para que sean éstas las que determinen si solicitan el sobreseimiento o formula acusación, o, bien, excepcionalmente, interesan alguna diligencia complementaria. Continúa diciendo el Auto del juzgado instructor que, además, el art. 779 exige expresamente la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan. Citando el criterio de la Audiencia Provincial de Madrid en el Auto señalado, establece que “la imputación judicial, debe ser de “hechos”, con independencia de la calificación jurídica. Estos hechos, por supuesto que deben ser típicos penalmente, pero no se exige en esta fase la imputación judicial concreta, la calificación jurídica definitiva de los mismos.” E igualmente, señala que en el Auto de fecha 2 de octubre de 1.995 del Tribunal Supremo se declara que en procedimiento abreviado no existe un verdadero Auto de inculpación, “lo que supone que el instructor no tiene por qué describir hechos, preceptos penales y grados de participación” y así, cualquier declaración en el Auto por el que se

ordena continuar los trámites del Capítulo II en orden a las conductas de los inculpados supondría introducir en el debate jurídico conclusiones precipitadamente inoportunas, pues significaría, con los efectos consiguientes a ello, una predeterminación de lo que en su momento, si a ello hubiere lugar, se acordase”. Pues bien, como hemos dicho estos argumentos del Auto del Juzgado instructor son plenamente compartidos por esta Juzgadora. En su Fundamento Jurídico Segundo el Auto del juzgado instructor se pronuncia sobre la declaración de Nulidad del Auto de Apertura de Juicio Oral de 14 de diciembre de 2.007 declarando que el juzgado de lo Penal no es superior jerárquico del juzgado instructor por lo que no puede corregir al órgano instructor sino por la vía de los recursos en el supuesto de que alguna de las partes hubiera alegado indefensión para corregir la actuación cuestionada. En consecuencia, el Auto en su parte dispositiva acuerda devolver la causa al Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid. Pues bien, si bien esta Juzgadora no comparte plenamente este último criterio del Fundamento Jurídico Segundo del Auto del Juzgado instructor, en el sentido de que entendemos que el Juzgado de lo Penal sí tiene competencia para acordar la nulidad de alguna de las actuaciones acordadas por el Juzgado instructor, lo que si entendemos también es que lo que no puede hacer el Juzgado de los Penal es sustituir el criterio del Juzgado instructor. Aplicando este razonamiento al supuesto que nos ocupa nos encontramos con que tenemos un Auto del Juzgado de instrucción que realiza una motivación de las razones por las que considera válido el Auto que acordó seguir las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado y que no acepta la nulidad del Auto de Apertura del Juicio Oral de 14 de diciembre de 2.007 acordada por el Juzgado de lo Penal. Si no acepta la nulidad de tal Auto es porque lo considera válido. De hecho, el Juzgado instructor no dicta otro Auto de Apertura del Juicio Oral porque considera válido el ya dictado y esto lo acuerda por una resolución, el Auto de 29 de mayo de 2.009, que posteriormente es confirmada por la Audiencia Provincial. La consecuencia no puede ser otra, ya que este Juzgado de lo Penal no tiene obligación alguna de plantear cuestión de competencia, que admitir la validez del Auto de Apertura del Juicio Oral de 14 de diciembre de 2.007, sin que ello, entendemos, produzca indefensión a la parte, por el hecho de asumir las acusaciones formuladas por las partes, que exceden la de la apropiación indebida a que se refería el Auto que acordaba seguir los trámites del procedimiento abreviado de 12 de diciembre de 2.006 por las mismas razones expuestas en el auto dictado por el Juzgado instructor en fecha 29 de mayo de 2.009.

**TERCERO.-** Se plantea también como cuestión previa la falta de legitimación activa de la Sociedad [REDACTED] y de [REDACTED] para ejercer la Acusación Particular por considerar no son perjudicados en la causa, solicitando se le requiera para que preste caución, en su caso, a efectos de ejercer la acción popular. Y al mismo tiempo se considera existe también vulneración de derechos fundamentales al no estar representados en la causa todos los socios de la sociedad [REDACTED], sociedad con personalidad propia, solicitando se reponga la causa al inicio de las actuaciones a efectos de citar a la ofendida a través de su representante legal y hacerle el correspondiente ofrecimiento de acciones.

Pues bien, por el Letrado de la Acusación Particular se ha aclarado en el acto del Juicio que la Acusación en este momento procesal solo se sostiene por la entidad '[REDACTED]' y no así por la persona de [REDACTED], por lo que ello exime de hacer cualquier consideración al respecto. Y en lo que hace a la legitimación activa de la citada entidad, no hay duda que siendo esta uno de los socios que constituyeron la Sociedad [REDACTED], aportando el capital social para la constitución de la misma y siendo uno de los delitos que se imputan al hoy acusado un delito de apropiación indebida en relación a unas cantidades pertenecientes a la entidad [REDACTED], corresponde a la sociedad [REDACTED] la condición de perjudicada a los efectos de lo dispuesto en los art. 100, 109, 110 y concordantes de la LECr.

Por otra parte, en lo que hace a la falta de ofrecimiento de acciones a posibles perjudicados planteada por primera vez como cuestión previa al inicio de las sesiones del Juicio por la defensa, no correspondiendo a este órgano penal y sí y solo al juzgado instructor realizar el ofrecimiento de acciones conforme a lo previsto en el art. 109 de la LECr., se dio traslado al Ministerio Fiscal en el acto del Juicio a efectos de que manifestara si procedía realizar tal ofrecimiento a algún perjudicado con devolución de las actuaciones al Juzgado instructor, por corresponder al Ministerio Fiscal a tenor de lo previsto en el art. 105 de la LECr. la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada, lo que constituye una plasmación del principio de legalidad cuya defensa corresponde al Ministerio Fiscal a tenor de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pues bien, verificado tal traslado, el Ministerio

Fiscal consideró que la petición de la defensa se trataba de una pretensión extemporánea y asimismo consideró que no se producía perjuicio alguno a persona alguna por la no realización de otros ofrecimientos de acciones, no considerando necesario retrotraer las actuaciones al Juzgado instructor, único competente para tal ofrecimiento, ponderando también la conveniencia de no producir más dilaciones indebidas en el enjuiciamiento de la presente causa. En este sentido, esta juzgadora ya desestimó la cuestión oralmente al inicio de las sesiones del Juicio por entender que, no habiendo sido solicitada la devolución de las actuaciones al Juzgado instructor por la única parte capacitada para ello, el Ministerio Fiscal, no procedía tal devolución, siendo ésta una cuestión que además, en ningún modo afectaría al derecho de defensa del acusado.

**CUARTO.-** Se plantea como cuestión previa la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al celebrarse el Juicio diez años después de los hechos, solicitando, en su caso, se tenga en cuenta como atenuante, cuestión que debe desestimarse de plano pues, efectivamente, de operar las pretendidas dilaciones, lo harían como atenuante de dilaciones indebidas en la nueva redacción del art. 21.7ª del Código Penal para el caso de dictarse Sentencia condenatoria.

**QUINTO.-** Por último plantea la defensa como artículo de previo pronunciamiento la prescripción de todos los delitos objeto de acusación castigados con pena no superior a tres años, debiendo ser el "dies a quo" para el cómputo la fecha de transformación de las diligencias previas a procedimiento abreviado por Auto de fecha 12 de diciembre de 2.006 o, en su caso, el Auto de la Audiencia Provincial de 26 de abril de 2.007 que lo confirma, al ser estos Autos los que determinan el hecho punible, o, en su defecto, y, con carácter alternativo en todos los casos, el Auto de Apertura del Juicio Oral de 14 de diciembre de 2.007, entendiéndose que en ningún caso el Auto de fecha 29 de mayo de 2.009 dictado por el Juzgado instructor puede dejar sin efecto el Auto de Nulidad de actuaciones dictado por el Juzgado de lo Penal en fecha 20 de abril de 2.009.

La institución de la prescripción, en efecto, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el artículo 9.3 de la C.E., puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad

jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento que, en el ámbito del Derecho Penal, se completa y acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 C.E.).

La prescripción penal responde a principios de orden público primario; es -como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1968- de orden público, interés general y político penal-, respondiendo -añade la sentencia de 31 de mayo de 1976- a la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de la jurisdicción criminal dentro de los plazos que según la trascendencia de la infracción delictiva establece el ordenamiento jurídico- penal. De ahí que, encontrándose en apoyo de la prescripción razones de todo tipo, subjetivas, objetivas, éticas y prácticas, se insista en que se trata de una institución que pertenece al derecho penal material y concretamente, a la noción del delito y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria (S.S.T.S. de 11 de junio de 1976, 28 de junio de 1992, 20 de septiembre de 1993, 8 de febrero de 1995, entre otras).

De otro lado, constituye doctrina consagrada la de que la prescripción debe ser estimada, concurrentes los presupuestos sobre los que se asienta -paralización del procedimiento y lapso de tiempo correspondiente-, aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, en aras de evitar que resulte condenada una persona que, por especial previsión y expresa voluntad de la ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal contraída; pudiendo ser proclamada de oficio en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (S.S.T.S, entre otras, de 31 de mayo de 1976, 27 de junio de 1986, 14 de diciembre de 1988 y 31 de octubre de 1990).

Sentado lo anterior, hay que poner de relieve que, a diferencia de la caducidad, la prescripción admite interrupción. En sede penal, mediante la efectiva articulación del “ius puniendi”, ya con el inicio y tramitación del proceso, ya con el cumplimiento de la pena. Desaparecida toda referencia legal a las causas de interrupción de la prescripción, el artículo 132.2 C.P., -al igual que el derogado artículo 144.2º C.P. 1973 -dispone como “la prescripción se interrumpirá... cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el



procedimiento o se termine sin condena". Existe actualmente consenso al entender que no todo movimiento procesal, no todo acto de ordenación del proceso produce efecto suspensivo, que determina en su caso comience "ex novo" el cómputo del plazo de concurrir ulterior paralización. No cualquier diligencia reviste fuerza para interrumpir el curso de aquel plazo. No es válido a tal fin cualquier movimiento del proceso, sino actos procesales dirigidos contra el culpable, dado que lo que determina la extinción de la responsabilidad es el aquietamiento de la acción, y ésta sólo se entiende ejercitada mediante actuaciones directas, tendentes a su efectiva realización. En tal sentido debe partirse de una interpretación restrictiva de aquellas causas que implican entender dirigido el procedimiento contra el culpable. Únicamente poseen virtud interruptora aquellas resoluciones que encierren un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha y prosecución efectiva del procedimiento; en definitiva, reveladoras de que la investigación camina realmente, avanzando el proceso de modo normal - partiendo del principio general de improrrogabilidad de plazos y términos (art. 197 L.E.Cr)-, sin dilación (art. 198 L.E.Cr. ), a fin de evitar el indeseable resultado de alejamiento del hecho del proceso y la pena.

En el presente supuesto son varias las acusaciones realizadas contra [REDACTED] y aceptadas en el Auto de Apertura del Juicio Oral dictado por el Juzgado Instructor, siendo la más grave de ellas la del delito societario del art. 295 del Código Penal por la que formula acusación la Acusación Particular y el Ministerio Fiscal, éste último como calificación alternativa introducida en trámite de conclusiones definitivas, al estar castigado con pena de prisión de seis meses a cuatro años. El art. 131 C.P. en su redacción aplicable a la época de los hechos venía a establecer que los delitos prescriben a los cinco años cuando la pena máxima señalada por la ley sea de prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco y a los tres años, los restantes delitos menos graves, siendo éste el caso de los restantes delitos aplicables a [REDACTED]

Tradicionalmente se venía entendiendo que en el caso de delitos o faltas conexos, a enjuiciar en un mismo proceso, el plazo de prescripción habría de referirse al delito más gravemente penado, de acuerdo con un criterio jurisprudencial que unas veces se ha fundado en la necesidad y conveniencia de no dividir la continencia de la causa y otras en el hecho de no haber tenido vía expedita el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento y fallo de la infracción penal menor.

Es cierto, sin embargo, que el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su reunión de 26 de octubre de 2.010, en relación con el criterio que debe adoptarse para el computo de la prescripción de un delito que contiene en su descripción normativa un tipo básico y otro subtipo agravado, llegó al siguiente acuerdo: "Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal Sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta". Y en lo que aquí nos interesa, añade: "En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado". La expresión "declarado cometido" no exime de la práctica de la prueba si no aparece claro ha transcurrido el plazo de prescripción conforme al plazo correspondiente al delito más grave de objeto de acusación. En el caso concreto que nos ocupa, esto supone que habrá de determinarse primero si puede estimarse la causa prescrita por paralización por tiempo de cinco años, en su defecto si puede estimarse prescrita por paralización por tres años. En este último caso, habrá de comenzarse por analizar si puede estimarse cometido el delito societario del art. 295 y en caso de fallo absolutorio ver si procede la prescripción de la causa de los demás delitos por transcurso del plazo de prescripción de tres años, sin más consideraciones, pasando, en caso contrario, es decir en caso de estimar que tampoco ha transcurrido el plazo de paralización de tres años a analizar el fondo del resto de acusaciones. Por otro lado, una vez dirigido el procedimiento contra persona alguna por unos hechos, la nueva doctrina del Tribunal Supremo a que hemos hecho referencia no implica que deba contarse el plazo de prescripción en relación a cada uno de los delitos individualmente considerados como parece decir la defensa sino que el plazo de prescripción de todos los delitos conexos será el del delito más grave, eso sí, no el del delito más grave objeto de acusación, sino el del delito más grave de los que se "declaren cometidos en la Sentencia". En lo que hace a la fecha de comisión de los presuntos delitos de los que se acusa a [REDACTED], son tres las fechas que nos interesan: el 30 de noviembre de 2.000, fecha de [REDACTED]

celebración de la reunión de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad [REDACTED] supuesta o efectivamente celebrada, y el 31 de enero y el 14 de febrero de 2.001, fechas de las respectivas transferencias de los fondos de [REDACTED]. ordenadas por el acusado [REDACTED]

La querrela que da lugar a las actuaciones se presenta en fecha 29 de marzo de 2.001 y en fecha 7 de mayo de 2.001 se admite a trámite la querrela, fechas en que no había transcurrido el plazo de prescripción de tres años aplicable a todos los delitos objeto de acusación menos el delito societario del art. 295 C.P.

La defensa ni siquiera cuestiona este tema ni tampoco el transcurso del plazo de prescripción en esta fase inicial de las actuaciones, situando el "dies a quo" para el cómputo la fecha de transformación de las diligencias previas a procedimiento abreviado mediante el Auto del juzgado instructor de fecha 12 de diciembre de 2.006 o, en su caso, el Auto de la Audiencia Provincial de 26 de abril de 2.007 que lo confirma, al ser estos Autos los que determinan el hecho punible. En ese caso, los delitos prescribirían el día 26 de abril de 2.010. Con carácter alternativo la defensa admite como "dies a quo" el Auto de Apertura del Juicio Oral de 14 de diciembre de 2.007", en cuyo caso los delitos prescribirían el día 14 de diciembre de 2.010, ello partiendo de la base de la no procedencia de la condena por el delito societario del art. 295 C.P. con plazo de prescripción de cinco años. Sin embargo, la defensa niega que el Auto de fecha 29 de mayo de 2.009 dictado por el Juzgado instructor tenga capacidad para interrumpir la prescripción por no ser, según su criterio, un Auto que tenga validez para dejar sin efecto el Auto de Nulidad de actuaciones dictado por el Juzgado de lo Penal en fecha 20 de abril de 2.009. Sin embargo, tanta validez tiene el Auto de fecha 29 de mayo de 2.009 que fue confirmado por resolución de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5ª) de fecha 1 de febrero de 2.010, teniendo ambos autos virtualidad suficiente para interrumpir la prescripción, por no tratarse de meras resoluciones de trámite sino de resoluciones que encierran un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha y prosecución efectiva del procedimiento, tal como requiere la jurisprudencia para la interrupción del plazo de prescripción. En suma, habiéndose celebrado las cuatro sesiones del Juicio Oral a lo largo de los meses de octubre y noviembre de 2.011 es evidente que el plazo de prescripción de tres años no había transcurrido, procediendo desestimar la excepción de prescripción planteada.

**SEXTO.-** Entrando en el fondo del asunto son dos las cuestiones de hecho a dilucidar; una, si se celebró o no se celebró la Reunión del Consejo de Administración de la empresa [REDACTED], S.L. de 30 de noviembre de 2.000 y, en su caso, en condiciones se celebró, si asistió [REDACTED] a la misma y si fue debidamente convocado el vocal [REDACTED] y que consecuencias, tendría en su defecto tal falta de convocatoria; dos, con que ánimo realizó el acusado [REDACTED] las transferencias de fondos por importe de 4.840.943 ptas. y 950.000 ptas. respectivamente desde la cuenta de la sociedad [REDACTED] a la empresa [REDACTED], que han sido reconocidas por el mismo y si tales transferencias tienen transcendencia penal, así como cual sería en ese último caso la responsabilidad de la entidad La Caixa y de [REDACTED]

En lo que hace a la celebración de la Junta de 30 de noviembre de 2.000, a la misma se anudan las acusaciones, por parte del Ministerio Fiscal en relación a un supuesto delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 en relación con el art. 390.1, 2 y 3 del Código Penal, y por parte de la Acusación Particular en relación a un delito de falsedad en documento mercantil también del art. 390.2 y 3 del Código Penal y las acusaciones por un delito societario del art. 290 del Código Penal por falsear el acta del Consejo de Administración de fecha 30 de noviembre de 2.011 con el ánimo de la apropiación de los fondos de la cuenta de la sociedad.

A las transferencias de fondos van ligadas las acusaciones del Ministerio Fiscal por un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252, en relación con los arts. 248, 249 y 74 del Código Penal y, con carácter subsidiario, por un delito societario del art. 295 del Código Penal y las acusaciones de la Acusación Particular por un delito societario del art. 295 del Código Penal, por disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, y por un delito societario del art. 292 del Código Penal por imponer o aprovecharse de acuerdos sociales mediante la privación indebida del derecho de voto y de un delito de apropiación indebida del art. 252 del Código Penal, sin que haya quedado muy claro a qué hechos se liga por la Acusación Particular la acusación por un presunto delito de estafa del art. 248 del Código Penal pues ni se explica suficientemente en su escrito de conclusiones provisionales ni se aclara en el acto del Juicio, pese a elevar sus conclusiones a definitivas, si bien entendemos que ha de ser al hecho de haber obtenido de La Caixa la realización de las trascendencias en base a un acta de una reunión de Consejo de Administración que se considera falsa o irregular.

Por otra parte, no parece haber discrepancia en orden a la forma de constitución y funcionamiento e integrantes del Consejo de Administración de la entidad [REDACTED] así como en que fue constituida con la única finalidad de ejercitar una opción de compra transmitida por la compañía [REDACTED] sobre unos terrenos propiedad de la misma ubicados en la localidad almeriense de Vera, opción de compra que luego se perdió, quedando la sociedad inoperativa, debido a que la sociedad [REDACTED] de la que era Administrador Único [REDACTED] no abonó la cantidad que le correspondía a la fecha pactada, ello con el motivo de cual sea esta falta de pago: la mala fe del Sr. [REDACTED] para el [REDACTED] y un engaño de este último, en connivencia con otros miembros del Consejo de Administración para el Sr. [REDACTED], discrepancia que solo viene a poner de relieve las malas relaciones existentes entre las partes en la época de los hechos y que nunca se han negado por ninguna.

**SEPTIMO.-** El Tribunal Supremo viene considerando que la falsedad, por su mismo concepto, implica dos elementos:

- 1º) Una mutación de la verdad.
- 2º) Que sea tal que pueda engañar, es decir, que de algún modo, lo que no es verdadero pueda parecerlo, porque una alteración de la verdad que lo sea de modo manifiesto, de forma tal que cualquiera que se acerque al objeto falsificado sin esfuerzo alguno pueda percatarse de ello, carece de aptitud para incidir en el tráfico jurídico al que ese objeto puede referirse. Concretamente tratándose de falsedad documental, si la alteración la puede conocer la persona a la que va dirigida a primera vista, por tratarse de algo burdo y ostensible, hay que decir que no existe el correspondiente delito.

A los efectos del Código Penal, como dice el art. 26 C.P. se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. La jurisprudencia del TS había establecido con anterioridad (STS 19-04-91) que el concepto de documento no podía reservarse, con exclusividad, al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas habían multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad; una grabación de vídeo o

cinematográfica, un disco o cinta magnetofónica, y los disquetes informáticos que, portadores de manifestaciones y acreditamientos con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito (STS 10-11-97 y 2-12-2000).

Según la STS 18-11-98, para que dichos soportes materiales constituyan documentos a efectos penales deben cumplir una triple condición: 1) ser atribuibles a una o varias personas, aun cuando no estén firmados; 2) tener capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico; y 3) estar destinados a dicho tráfico, bien desde su creación (documentos intencionales), bien con posterioridad (documentos ocasionales). El documento debe cumplir una de estas tres funciones: la de perpetuación de las declaraciones de voluntad, identificación de sus autores y la estrictamente probatoria del negocio jurídico que el documento refleja (STS 26-2-98).

Es cierto que el C.P. ha despenalizado para los particulares una específica modalidad de falsedad ideológica-faltar a la verdad en la narración de los hechos-, pero ello no determina que resulte atípica cualquier modalidad de falsedad que pueda ser calificada doctrinalmente como de naturaleza ideológica, pues ésta será sancionable siempre que deba subsumirse en los demás supuestos típicos del art. 390, ya que el sistema penal español no ha acogido el modelo italiano de distinguir expresamente entre falsedades ideológicas y materiales, sino que describe una serie de conductas típicas de falsedad, que pueden ser, según los casos, materiales o ideológicas, concepto, este último que tampoco es pacífico en la doctrina penal, por no tener expresa definición legal. La afirmación de que cualquier falsedad cometida por particular es atípica, siempre que se pueda clasificar doctrinalmente como ideológica, no resulta asumible, no basta con calificar doctrinalmente una falsedad como ideológica para afirmar su despenalización, sino que ha de constatarse si consiste meramente en faltar a la verdad en la narración de los hechos o bien resulta subsumible en otra modalidad falsaria que el legislador ha estimado procedente mantener como delictiva.

Y en efecto, en el supuesto que nos ocupa la falsedad documental objeto de acusación sería subsumible teóricamente tanto en el nº 1 del art. 390 C.P. consistente en alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial (la firma) como en el nº 2 del art. 390 C.P. consistente en simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca error sobre su autenticidad y con la finalidad de que tenga efectos en el ámbito jurídico, así como en el art. 390.3º en cuanto que se habría supuesto en el acta de la Reunión del Consejo de Administración la intervención de personas que no la han tenido, todo ello referido a la

intervención en la citada reunión del testigo [REDACTED] o bien a la no celebración de la reunión en cuestión.

El art. 290 del código Penal castiga a los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero.

Nos encontramos ante un delito especial, realizable únicamente por los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, si bien es perfectamente posible la participación delictiva del “extraneus” a título de inductor, cooperador necesario o cómplice. En cuanto a la conducta típica, “falsear” consiste en mentir, alterar o no reflejar la verdadera situación económica/jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra el derecho de los destinatarios de la información social a obtener una información completa y veraz sobre la situación de la entidad. Ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de hechos. El administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de un representante leal (art. 127.1 LSA y 62 LSRL), lo que implícitamente le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad, y mucho más en relación con las cuentas anuales (art. 172.2 LSA). Esa determinación legal es fuente de la posición de la garante que permita la equiparación de la omisión con la conducta positiva (art. 11 C.P.). El núcleo de la acción consiste en “falsear” un documento, lo que incluye todas las modalidades falsarias del art. 390 C.P., incluida la falsedad ideológica. La conducta falsaria no sólo puede ejecutarse en positivo, sino también por omisión cuando se falta a la verdad en la narración de los hechos en los casos en los que el sujeto activo oculte elementos o datos esenciales que debieran figurar en el documento, teniendo la obligación de consignar los mismos, resultando de ello una real perturbación del tráfico jurídico. La ley exige imperativamente que el acto falsario y el documento así elaborado reúnan dos condiciones: que refleje falsamente la situación económica o jurídica de la entidad: y que sea idóneo para causar un perjuicio económico a la empresa, a sus socios o a un tercero, lo que configura al tipo como un tipo penal de peligro hipotético (STS de 14/7/2000).

Es decir, la acción típica debe ser idónea para causar ese perjuicio económico: el tipo básico no requiere perjuicio económico alguno, simplemente que sea idóneo para causarlo, pero sin

duda las falsedades que puedan incluirse tendrán vocación económica; si llegare a causarse el perjuicio económico, surge el tipo agravado.

La relación del tipo con las falsedades documentales es compleja: a título interpretativo, la consulta 15/97 de la FGE llega a las siguientes conclusiones: 1º) en el delito falsario societario, la conducta típica comprende cualquiera de las modalidades falsarias del art. 390 C.P., incluida la ideológica; 2º) si se dieran todos los requisitos de tipicidad de los arts. 290 y 392 C.P., el concurso de leyes debe ser resuelto a favor del art. 290 C.P., en virtud del principio de especialidad; 3º) la falta del requisito de procedibilidad o de alguno de los elementos típicos específicos del delito societario determinará la aplicación de la falsedad en documento mercantil del art. 392 C.P., siempre que la conducta falsaria tenga encaje en alguna de las modalidades de los tres primeros apartados del art. 390 C.P., más no la ideológica”.

Por otro lado, la STS de 20 de noviembre de 2.008 declara expresamente que las actas de las Juntas no constituyen cuentas anuales, como tampoco documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, ex art. 290, pues “...la imagen fiel de la sociedad que deben reflejar esos documentos es, como es claro, independiente de su aprobación por las juntas”.

De las anteriores consideraciones se desprende que si los hechos objeto de la querrela se consideraran probados, en ningún caso podrían ser constitutivos de un delito societario del art. 290 del Código Penal sino, en su caso, de un delito de falsedad del art. 390.1, 2 y 3 del Código Penal.

Pues bien, lo cierto es que de la prueba practicada no se desprende en modo alguno que la reunión del Consejo de Administración de la sociedad [REDACTED] no se haya celebrado. De hecho lo que consta es que la Reunión, cuya acta original obra unida a las actuaciones en un sobre foliado con el número 1336 y cuya copia obra unida a los folios 1230 a 1232 de las actuaciones, sí se celebró y que se celebró en los términos y circunstancias que en la misma se hacen constar, correspondiendo a las Acusaciones Pública y Privada demostrar que no fue así. La discrepancia sobre la celebración de la tan mentada reunión surgió desde el momento en que uno de los Consejeros Delegados, el testigo [REDACTED] manifestó en fase de instrucción no solo que no estuvo presente en la Reunión sino que ni siquiera fue convocado a la misma negando ser su firma la plasmada en la mencionada



acta. Pero es que la que parece ser la firma del testigo Don S [REDACTED] obra plasmada, hasta tres veces, en el acta de la reunión de 30 de noviembre de 2.000, habiéndose practicado en fase de instrucción pericial de firmas (folios 1337 a 1340), que no ha sido expresamente impugnada, a efectos de determinar si dichas firmas debían ser atribuidas a [REDACTED] lo que se verifica por los peritos previo cotejo con firmas indubitadas y con cuerpo de escritura del interesado, llegando a la conclusión los peritos de que las firmas que ofrecen carácter dubitado, atribuidas a [REDACTED] [REDACTED] que asientan en el acta de la reunión del Consejo de Administración de la Sociedad [REDACTED] son auténticas.

Y lo cierto es que el testigo [REDACTED] no ha sabido explicar en el acto del Juicio como pudieron llegar sus firmas a la tan mentada acta, no manifestando tampoco que la plasmara antes del 30 de noviembre, después de éste día o ese mismo día 30 de noviembre a una hora distinta de la que consta en el acta, siendo lógico pensar que si el testigo hubiera plasmado sus firmas en el acta que nos ocupa en un momento posterior al que consta en la misma, hubiera leído previamente su contenido, más cuando en la misma se tomaban acuerdos que le afectaban.

Por el contrario, el testigo se limita a manifestar que ese día 30 de noviembre de 2.000 no estuvo en Madrid ya que asistió al entierro, aclarando luego que asistió a la misa y no propiamente al entierro, de la madre de un conocido, el testigo [REDACTED] que se celebraba en la localidad de Puerto de la Cruz.

Ha de tenerse en cuenta que [REDACTED] tuvo inicialmente la condición de imputado en estas actuaciones por lo que no puede decirse sin más que el hoy testigo no tenga un interés directo en el pleito. Esto no significa afirmar un eventual ánimo espúreo del testigo sino simplemente poner de relieve que sus declaraciones han de ser tomadas con cautela, al menos con la misma cautela que la de los otros testigos [REDACTED] y [REDACTED], que llegaron a tener condición de acusados en la causa, y hasta la del propio [REDACTED] que no ha dudado en manifestar en el acto del Juicio sus malas relaciones con el acusado [REDACTED], hasta el punto de hacer alusión en el plenario a un incidente entre ambos y apostillar que "desde entonces le odia".

Partiendo de estas premisas, ha de destacarse que obra en autos (folios 1025 a 1028) escritura notarial de manifestaciones otorgada por los testigos [REDACTED]

[REDACTED] en Tenerife el día 9 de marzo de 2.004, escritura y comparecencia ante Notario que ninguno de los citados testigos parece recordar en el plenario. En dicha acta de manifestación [REDACTED] manifiesta ante el Notario que el día 30 de noviembre de 2.000 no estuvo en Madrid, ya que ese día y a la hora que constaba en el acta del Consejo de Administración, estuvo en el entierro de la madre de [REDACTED] habiendo acudido a dicho sepelio desde Santa Cruz de Tenerife acompañado, en coche, por [REDACTED] manifestando los testigos [REDACTED] ante el Notario ratificar plenamente lo aseverado por el Sr. [REDACTED]

El testigo [REDACTED] cuando declaró como imputado en fase de instrucción por primera vez, el 13 de julio de 2.001, nada dijo en relación a la reunión del Consejo de Administración de 30 de noviembre de 2.004, pero lo que sí manifestó es que el Sr. [REDACTED] había cargado cuatro millones de pesetas para la compra de un coche para él mismo sobre la cuenta de la sociedad de la entidad [REDACTED] abierta en La Caixa y acabada en 322.07, viniendo a corroborar de esta manera lo que ha venido manifestando el acusado [REDACTED] a lo largo de la instrucción y en el acto del Juicio en orden a la utilización de la furgoneta de la empresa por parte de [REDACTED] a título personal.

El hoy testigo [REDACTED] vuelve a declarar como imputado el día 7 de abril de 2.006 ante el Juzgado de instrucción de Madrid y en esa ocasión mantiene que él no asistió nunca a la reunión del Consejo, desconociendo si se hizo o no la reunión, manifestando asimismo que no recordaba haber firmado el contenido del acta, admitiendo la posibilidad de que pudiera haber firmado un papel que le hubieran puesto a la firma sin ver el contenido, para luego manifestar que no suelo firmar papeles sin leer. Manifestando asimismo estar seguro de que la firma obrante al folio 332 (que se corresponde con la obrante al inicio del acta de la reunión del Consejo de Administración de 30 de noviembre de 2.000, acta original actualmente incorporada a un sobre unido al folio 1.336 de la causa) no era de su puño y letra, firma que, como ya se ha señalado ha sido considerada por informe pericial de firmas como perteneciente al Sr. [REDACTED]

El testigo [REDACTED] en el acto del Juicio mantiene que no se le convocó a la reunión del Consejo de Administración, que impropiamente se viene denominando Junta en algunas

ocasiones en la causa, por lo que no estuvo en Madrid y no pudo haber firmado el acta, manteniendo igualmente que el día 30 de noviembre de 2.000 estuvo en Tenerife en el entierro de la madre de un amigo, el testigo [REDACTED], manifestando que fue al sepelio con otro compañero, el testigo [REDACTED]. Manifiesta el testigo que cree que le llevó [REDACTED] pero que en todo caso iban juntos. El testigo precisa que la madre de [REDACTED] falleció el día [REDACTED] de 2.000 y que este dato lo había comprobado el día antes de declarar en el plenario, si bien también recuerda que estuvo allí. Posteriormente aclara que en realidad no fue al entierro sino a la misa funeral, no pudiendo precisar la hora a la que tuvo lugar, si bien cree recordar que fue por la mañana y que el entierro fue media hora después, no pudiendo precisar que es lo que hizo después.

Por su parte, el testigo [REDACTED] manifiesta en el acto del Juicio que el 29 de marzo de 2.000 perdió a su madre y que recuerda que el día 30 de noviembre el testigo [REDACTED] acudió al entierro, precisando que este se celebró a la una del mediodía.

En cuanto al testigo [REDACTED] manifiesta que es cierto que él y [REDACTED] fueron al entierro de la madre de [REDACTED] que tuvo lugar en Santa Cruz de Tenerife, en concreto en la localidad de [REDACTED] manifestando creer recordar que tuvo lugar sobre las 12,30 o las 13,00 horas del mediodía, precisando que le llevó [REDACTED] desde Santa Cruz de Tenerife a [REDACTED] y que le volvió a dejar en Santa Cruz de Tenerife después.

Pues bien, es cierto que los testigos vienen a manifestar lo mismo, con independencia de diferencias como que [REDACTED] dice recordar que le lleva [REDACTED], en tanto que este último manifiesta que le lleva [REDACTED] que podrían deberse al tiempo transcurrido. Sin embargo, es cierto que los testigos no dejan de tener interés en el pleito, especialmente el testigo [REDACTED], inicialmente imputado en la causa y que ha reconocido haber interpuesto alguna querrela contra el hoy acusado [REDACTED]. Por otro lado, puestos a especular, resultaría incluso compatible que el testigo [REDACTED] hubiera acudido a la misa, que no al entierro, de la madre del testigo [REDACTED] si esta se hubiera celebrado más temprano, pues es posible que no se recuerden bien las horas, llegando el testigo a tiempo de coger el avión de Santa Cruz de Tenerife a Madrid, llegando a tiempo de estar presente en la reunión del Consejo de Administración o al menos en la firma del acta que tuvo lugar por la tarde en el despacho de [REDACTED].

Por otra parte, el acusado [REDACTED] ha mantenido su versión de los hechos sin contradicciones a lo largo de la instrucción y en el acto del Juicio, viniendo a decir que el 30 de noviembre se celebró el Consejo de Administración que se refleja en el acta tan mentada, en las oficinas de la calle [REDACTED] tercera planta, que constituía el domicilio social de la sociedad [REDACTED], manteniendo en todo momento que en dicha reunión del Consejo, que se celebró en el día que consta en el acta, estuvieron presentes el testigo S [REDACTED] el propio acusado, [REDACTED], si bien este último acudió al final de la reunión. Mantiene asimismo que la convocatoria de la reunión la realizó el Presidente [REDACTED] y que [REDACTED], que fue citado por teléfono, no acudió a la reunión porque sabía que le iban a cesar, porque le estaban requiriendo para que devolviera un vehículo y éste no lo hacía. Y confirma que en esa reunión se revocaron los poderes que tenía hasta entonces [REDACTED] así como que del acta se dio traslado al secretario del Consejo y a la entidad La Caixa, donde la entregó él personalmente, en la oficina donde estaba abierta la cuenta a nombre de la sociedad, no pudiendo concretar a que persona, teniendo conocimiento de que el acta fue elevada a escritura pública el 8 de marzo de 2.001, si bien aclara también que no era consciente cuando hizo las transferencias a que se hace referencia en el relato de hechos probados a que su designación como Administrador Único no había sido inscrita en el Registro Mercantil, ya que son los despachos de Abogados los que llevan esos temas. En cuanto a la notificación del acta el acusado mantiene que [REDACTED] conocía perfectamente el contenido del acta, ya que entiende que el Presidente del Consejo de Administración, [REDACTED] le notificó los acuerdos tomados. Por otro lado, a preguntas de la defensa, el acusado manifiesta que como antecedente de su decisión de reunir al Consejo de Administración se encuentra el hecho de que el [REDACTED] de agosto anterior le había dado un infarto por lo que quería liquidar determinadas sociedades, siendo una de ellas [REDACTED], ya que esta no tenía actividad alguna, por lo que el fin último de la reunión era liquidar la compañía, si bien los acuerdos que se adoptaron fueron los que obran en el acta. Y concretando la sucesión de hechos en la forma de producirse la reunión, vuelve a manifestar que la reunión del Consejo se produce acudiendo a las oficinas de [REDACTED] donde se encontraba ya el propio acusado, los consejeros [REDACTED] y [REDACTED]. Manifiesta que en principio se dice que va a ir [REDACTED] pero que luego éste no va. Y concreta que a [REDACTED]

se lo encuentra al acabar, ya en el bar y que quedan para firmar el acta por la tarde en el despacho de éste último.

Pues bien, lo manifestado por el acusado [REDACTED] en orden a la celebración de la reunión del Consejo ha sido confirmado por los dos testigos [REDACTED] y [REDACTED], resultando sus declaraciones creíbles y concordantes entre sí. Así, el testigo, antes acusado [REDACTED] Secretario del Consejo de Administración de la sociedad [REDACTED] y Letrado en ejercicio. Este testigo aclara, en relación a un documento que se le exhibe, que tres de los vocales consejeros le encargaron el trabajo de elaboración del acta con carácter previo a su celebración y que dicho documento se elaboró el 24 de noviembre por un informático de su despacho y que es por eso que consta esa fecha en el documento. En relación al modelo manifiesta también es que cree que se elabora el modelo pensando que van a asistir todos los consejeros para luego quitar del acta definitiva al que no vaya. El testigo mantiene que a él le dijeron que estaban convocados todos los consejeros, recalcando que los requisitos de celebración de un Consejo de Administración son más ágiles que los de una Junta de la sociedad, así como que la asistencia del Secretario a la reunión del Consejo no es preceptiva para la válida constitución de la reunión si bien a él le dijeron que fuera, por lo que se personó en el domicilio de la calle [REDACTED] donde vio a los tres señores: [REDACTED] [REDACTED], si bien mantiene que él no se llegó a sentar, porque al llegar le dicen que ya lo han acordado, por lo que él se limita a preparar el acta, pasando esa tarde por su despacho sito en el [REDACTED] n° [REDACTED] a firmar los tres administradores mencionados. Reconoce su firma en el acta en el acto del juicio y mantiene que firmaron las otras tres personas que constan en el acta, entre las que se encuentra el testigo [REDACTED]. El testigo también confirma que el acta se elevó a pública el 9 de marzo de 2.001 aunque ya estaba hecha, ya que su despacho se retrasó porque “se les fue el Santo al cielo” a él y al pasante. Reconoce que lo hace cuando le llaman porque ha habido un problema, “otra bronca...” y que entonces se da cuenta de que no se ha hecho la elevación a pública, personándose él directamente como Secretario en el Registro Mercantil a efectos de hacer el asiento, si bien en el Registro se deniega la inscripción, sin calificarla, ya que la hoja registral de la sociedad [REDACTED] estaba ya cerrada al no haberse presentado las cuentas en el año anterior. En cuanto a su propia convocatoria a la reunión del Consejo, manifiesta que le

convocó el Presidente [REDACTED] recordando que las reuniones del Consejo de Administración se convocan por email, por teléfono...Lo que sí reconoce es que durante el tiempo en que él estuvo presente no se trató de una reunión formal y que no se sometieron a votación o debate los acuerdos delante de él, aunque sí le confirmaron que ya se habían adoptado.

En resumen, éste testigo mantiene la misma versión que el acusado, a saber, que hubo dos actos, uno, la reunión del Consejo que se celebra en el domicilio social de la Calle [REDACTED] donde él ve a los tres Consejeros; y otra, la que tiene lugar por la tarde en su despacho profesional, una vez prepara el acta, y por donde los Consejeros pasan a firmar.

Por su parte, el testigo [REDACTED], que también fue acusado en la causa, manifiesta que a la constitución de la sociedad [REDACTED] fue nombrado Presidente aunque sin poder ni firma. Como antecedentes de la celebración del Consejo de Administración a que nos venimos refiriendo, el testigo relata que cuando se extinguió la opción de compra para la que la sociedad no tenía ya sentido, pero se seguían cargando a la sociedad los recibos correspondientes a un contrato de leasing de un vehículo, es por lo que se decidió celebrar un Consejo de Administración para recuperar los poderes de [REDACTED] y pasárselos a [REDACTED]. Confirma el testigo que [REDACTED] le pidió que convoque un Consejo de Administración para el 30 de noviembre y que él lo convocó telefónicamente, como se había hecho en otras ocasiones, llamando a [REDACTED] y al propio [REDACTED]. Confirma que la reunión se celebró en el domicilio de la sociedad de la Calle [REDACTED] que a la misma asistieron con él [REDACTED], así como que al final de la reunión llegó el Secretario que tomó notas. Ellos le comunican al Secretario que los poderes de [REDACTED] habían quedado revocados y que pasaban a [REDACTED] y mantiene que la única finalidad de quitar los poderes a [REDACTED] era por el tema de la furgoneta. En cuanto a la convocatoria realizada a [REDACTED] afirma que él le informó del orden del día y que [REDACTED] no le dijo que no fuera a asistir a la reunión, dándose el caso que incluso cuando se reunieron en la Calle [REDACTED] le esperaron. Mantiene que en la reunión se habló de "parar la sangría" que suponía la furgoneta y que se decidió la revocación de poderes de [REDACTED]. Reconoce las firmas en el acta y confirma que el acta no se firmó en la calle [REDACTED] sino que el acta la realizó

físicamente en su despacho y que se reunieron allí para firmarlo esa misma tarde los tres consejeros, así como se desarrolló de una manera totalmente normal. Por lo demás, confirma que sí se acordó hacer las notificaciones del acta pero que no sabe cómo se hicieron y que, en concreto, él no notificó el acta a [REDACTED] ni le comunicó que había dejado de ser consejero.

En suma, nos encontramos ante dos versiones contradictorias acerca de la celebración de la reunión, la del acusado [REDACTED] y los testigos [REDACTED] y [REDACTED], por un lado, y la del testigo [REDACTED], apoyada, a su vez, en lo que hace a su presencia en otro lugar el día y hora de celebración de la reunión por otros dos testigos, por otro, de tal manera ante tales versiones contradictorias y existiendo una prueba pericial a tenor de la cual la firma obrante en el acta de 30 de noviembre de 2.000 parece ser la de [REDACTED], la solución ha de decantarse por entender la validez del acta de 30 de noviembre de 2.000, entendiendo que no ha quedado desvirtuado que la reunión del Consejo de Administración que refleja no se celebrara en sus propios términos.

Otra cosa distinta es la manifestación del testigo, inicialmente querellante, [REDACTED] en el sentido de manifestar no haber sido convocado a la reunión del Consejo de Administración, tema que podría dar lugar a instar la nulidad de la reunión del Consejo de Administración y de los acuerdos en ella tomados ante la jurisdicción correspondiente pero que sería ajeno a una supuesta falsedad del acta de aquella y que tampoco incidiría en la eventual comisión de un delito societario del art. 390 del Código Penal.

Baste apuntar que, como ha puesto de relieve el testigo [REDACTED] los requisitos para la convocatoria de una reunión del Consejo de Administración de una sociedad anónima, a tenor de la Ley de Sociedades Anónimas vigente en el momento de los hechos, la LSA 1564/89, de 22 de diciembre, son muchos más flexibles que los de la convocatoria de una Junta General, que se regulan taxativamente en el art. 97 de la LSA. Por el contrario, las reuniones del Consejo de administración de una Sociedad Anónima no necesitan una convocatoria formal, salvo que se disponga expresamente en los Estatutos, lo que no se ha alegado, ya que la LSA no contiene normas específicas de regulación de la convocatoria, siendo válida la convocatoria por escrito, siendo válidas las convocatorias telefónicas, por correo electrónico, etc.

En atención a lo expuesto procede absolver al acusado [REDACTED] [REDACTED] en relación a los delitos de falsedad en documento mercantil de los arts. 393 y 390.1, 2 y 3 del Código Penal y en relación al delito societario del art. 390 del Código Penal de que venía siendo acusado.

**OCTAVO.**-En cuanto al delito de apropiación indebida del art. 242 y 249 del Código Penal de que también se acusa a [REDACTED] han de hacerse algunas consideraciones. Como dice la S.T.S. de 27 de noviembre de 1.998, en el delito de apropiación indebida pueden distinguirse dos etapas diferenciadas. La primera se concreta en una situación inicial lícita, generalmente contractual, en la que el sujeto activo percibe en calidad de depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble (y también valores o activos patrimoniales), recepción presidida por la existencia de una convenida finalidad específica de devolución o bien de empleo en un destino determinado, es decir, de entrega a un tercero o terceros para cumplir la finalidad pactada. En la segunda etapa el agente transmuta esta posesión legítima (o propiedad afectada a un destino, en el caso de bienes fungibles) en disposición ilegítima y abusando de la tenencia material de los bienes y de la confianza recibida, dispone de ellos, los distrae de su destino o niega haberlos recibido, es decir, se los apropia indebidamente, en perjuicio del depositante, comitente, dueño o persona que debiera percibir los bienes u obtener la contrapartida derivada de su destino pactado. La Jurisprudencia ha ido concretando aquellos títulos que permiten la comisión de este delito, aparte de los tres que enumera el artículo 252, concretamente el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de dominio, la sociedad, el arrendamiento de cosas, obras o servicios, debiendo precisarse al respecto que, dado el carácter abierto de la fórmula utilizada, caben también aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver, lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo, mutuo, permuta o donación... (S.T.S. de 1 de julio de 1.997).

En lo que hace a la consumación de este delito, la jurisprudencia viene diciendo que, tratándose de cosas guardadas en depósito, tendrá lugar cuando se produce el apoderamiento de las



mismas. Y, tratándose de la distracción de dinero o bienes, por no darles el destino convenido, se consuma el delito en la fecha en que debió de haberse dado el destino pactado, si se incumple la obligación y se retiene la posesión de los bienes en provecho del poseedor; en este segundo caso hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales: no basta con la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia. No cabe eliminar, sin más, el efecto excluyente del “ánimo de devolución”, toda vez que éste viene a demostrar que el autor no había tenido voluntad de privar definitivamente al titular de la posibilidad de ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes (STS de 24 de junio de 2.008).

Y en lo que hace al delito societario del art. 295 del Código Penal, dicho precepto castiga a los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

El delito societario por administración fraudulenta requiere como elementos: a) El sujeto activo ha de ser administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación (delito especial propio). B) Ha de actuar con abuso de las funciones propias de ese cargo de administrador o socio, en el ejercicio de esa administración o cargo social. C) Ha de hacerlo en beneficio propio o de tercero. D) La conducta punible consiste en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o en contraer obligaciones a cargo de ésta, causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren (STS 16/12/2.008).

Para la STS de 11/07/05 el art. 295 abarca dos supuestos diferentes: a) La disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) La causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador.

La STS de 18 de febrero de 2.011 establece: “El tipo penal del artículo 295 del Código Penal, en el que se tipifica la administración desleal, ha planteado siempre puntos de confrontación con el delito de apropiación indebida, ya que el administrador de hecho o derecho actúa como tal para la gestión de bienes que no le son propios y posteriormente, mediante operaciones de manipulación dispone de los mismos o contrae obligaciones con cargo a la sociedad produciéndole un perjuicio evaluable a los socios.”.

La STS de 12 de mayo de 2.009 nos recuerda que la distinción entre la apropiación indebida y el delito societario de administración desleal no es cuestión fácil: la porción de injusto abarcada por ambos preceptos puede llegar a ser idéntica, generando un aparente concurso de normas, que ha de ser resuelto con arreglo al principio de alternatividad (delito de mayor pena).

A tenor de la STS de 26/02/2008, la dicción literal del precepto-“disponer fraudulentamente”-requiere engaño, lo que para algunos sectores acerca este delito a la figura de la estafa, sin olvidar su proximidad con la apropiación indebida. El administrador desleal del art. 295 actúa en todo momento como tal administrador y lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, venga a causar un perjuicio típico: el exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Son conductas diferentes y, aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador. Es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado de la apropiación y plenamente diferenciable de la misma: el tipo no conlleva necesariamente un “animus rem sibi habendi”, sino que sólo precisa un dolo genérico, equivalente al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal que el delito del art. 295 C.P. tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero o bienes

de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se prueba que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio y bastando a tal fin la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde se han dirigido (despatrimonialización de la sociedad). El bien jurídico protegido es, pues, el patrimonio de los sujetos enumerados en el tipo. El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio. El delito es de resultado en su sentido tradicional: se precisa un efecto derivado y conexo causalmente o por imputación objetiva a alguna de las conductas típicas. El resultado es un perjuicio económicamente evaluable, entendiendo por "perjuicio" tanto la merma patrimonial cuanto la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado. "Económicamente evaluable" significa que se pueda concretar el valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial.

Pues bien, en lo que hace al supuesto delito de apropiación indebida que se imputa a [REDACTED], ha quedado acreditada la existencia de relaciones mercantiles entre el acusado y la Sociedad querellante "[REDACTED]" y el administrador de esta e inicialmente también querellante [REDACTED], al ser la entidad "[REDACTED]" una de las sociedades integrantes de la entidad "[REDACTED]", de la que tanto el acusado [REDACTED] como [REDACTED] eran miembros integrantes del Consejo de Administración y administradores mancomunados. El acusado ha reconocido en todo momento que realizó las dos transferencias de fondos de las cuentas de la sociedad "[REDACTED]" de fechas 31 de enero de 2.001 y 14 de febrero de 2.001, respectivamente, sendas transferencias de fondos por importes respectivos de 4.840.943 pesetas (29.094,65 euros) y 950.000 pesetas (5.709,61 euros) desde la cuenta social de la entidad "[REDACTED]" a otra cuenta que tenía en la misma sucursal la sociedad [REDACTED], de la que el mismo era Administrador y que no tenía relación alguna con la entidad [REDACTED] extrayéndolos seguidamente de la citada cuenta bancaria, manteniéndolos en depósito o como él mismo ha calificado "en caja". El acusado estaba autorizado a hacer tales extracciones de capital en virtud del nombramiento como Administrador Único en la Reunión del Consejo de Administración de fecha 30 de noviembre de 2.000, cuya validez se pretende combatir aduciendo la falsedad del acta de la misma. Por otra parte, lo cierto es que el acusado consignó las anteriores cantidades en el Juzgado y que no consta que el mismo

fuera requerido por la entidad querellante para que procediera a reintegrar las cantidades a las cuentas de la sociedad más allá de la interposición de la presente querrela el 29 de marzo de 2.001, poco después de la última transferencia.

La discrepancia surge desde el momento en que el acusado ha negado en todo momento haberse apropiado de las referidas cantidades, manifestando no ya que las tuviera a disposición de la sociedad sino que las cantidades continuaban estando en la sociedad, si bien "en caja", ya se tratara de una caja fuerte física o de otra cuenta distinta. En todo caso la finalidad esgrimida por el acusado para la realización de las merítadas transferencias y extracciones ha sido la de evitar una despatrimonialización de la empresa al seguir cargándose los recibos del pago mensual de alquiler de la furgoneta Ducato con número de matrícula [REDACTED] propiedad de la compañía "[REDACTED]", en base a un contrato suscrito el 16 de noviembre de 1.999 por [REDACTED] y por [REDACTED] (folio [REDACTED]), siendo precisamente el representante de la compañía "[REDACTED]" el consuegro de [REDACTED] como este ha reconocido y que resultaba inútil a la sociedad que permanecía sin actividad, en tanto que la furgoneta la seguía utilizando exclusivamente [REDACTED], quien, además, no hacía caso a los requerimientos que le hacían para resolver el contrato. Esta finalidad de salvaguardar los fondos de la sociedad ha sido confirmada por los testigos [REDACTED] s bien es cierto que el testigo [REDACTED] ha negado tal circunstancia, manifestando que la furgoneta estaba aparcada en la Avenida [REDACTED] de la localidad de [REDACTED] y que había dos juegos de llaves, manifestando desconocer si [REDACTED] dirigió a la sociedad [REDACTED] para instar la resolución del contrato pese a haber reconocido que la empresa era de su consuegro, así como que su consuegro le llamó al segundo o tercer recibo impagado. Lo cierto es que [REDACTED] pese a mantener que la furgoneta se aparcaba habitualmente en la avenida de España para quien quisiera disponer de ella, reconoce que una vez la llevó a la puerta de sus oficinas porque había más vigilancia, así como que finalmente cogió la furgoneta y se la devolvió a su consuegro, ya que entendió que no le iban a seguir pagando, esto sin que su consuegro le hiciera un recibo de la entrega ni le firmara la extinción del contrato y sin que propusiera a los demás socios la posibilidad de devolución de la furgoneta. Estas manifestaciones del Sr. [REDACTED] son indicativos de que sí era materialmente el

que disponía de la furgoneta pues sabía dónde estaba aparcada, tenía un juego de llaves y es quien finalmente la entrega a la empresa propietaria.

Por su parte, [REDACTED] ha manifestado claramente en el acto del Juicio que el Sr. [REDACTED] al solicitar la convocatoria de Consejo de Administración lo que quería principalmente es terminar con el gasto de los recibos de la furgoneta que se seguían cargando a la sociedad, para lo cual era necesario retirar los poderes de Administración a [REDACTED] [REDACTED] revocación de poderes que tenía por finalidad exclusivamente el tema de la furgoneta. Incluso recuerda que en la propia reunión, antes de tomar los acuerdos, se habló del tema de “la sangría de la furgoneta”. Asimismo manifiesta que tiene conocimiento posterior de las extracciones de dinero realizadas por [REDACTED] porque se lo comenta él mismo, así como que tiene conocimiento de que al poco de celebrarse la reunión de noviembre parecía que se había dejado de cargar el leasing si bien seguidamente aparecieron dos cargos el mismo mes. Asimismo mantiene que [REDACTED] le dijo que había metido el dinero en una cuenta a disposición de la sociedad, si bien recuerda luego, en relación a una manifestación que hizo ante el Juzgado instructor que en ese momento dijo que el dinero estaba en una caja fuerte para evitar la descapitalización de la empresa, apostillando que si lo dijo es porque se lo comentó el Sr. [REDACTED], en concreto, que le dijo que tenía el dinero en una caja fuerte hasta que se decidiera que iba a hacer con él.

Por su parte [REDACTED] manifiesta que el tema de la furgoneta lo conoce por referencias, que le comentan que la furgoneta se la había quedado [REDACTED] y que la estaba usando, en tanto que la entidad [REDACTED] seguía pagando el leasing, diciéndole también que [REDACTED] no quería devolver la furgoneta por lo que estaban todos enfadados. Y es el mismo quien da unas soluciones alternativas, bien poner una querrela a [REDACTED] [REDACTED] bien quitarle de Consejero delegado y pedirle luego la devolución de la furgoneta, optando, se entiende que el acusado, por pedirle que prepare una reunión del consejo para proceder al cese de [REDACTED], preparando un borrador en su despacho profesional.

En suma, con independencia del tema de fondo que afecta a la furgoneta, que no es objeto de enjuiciamiento, lo que resulta acreditado y más que evidente es que la finalidad del acusado [REDACTED] al solicitar la convocatoria de la reunión del Consejo era la retirada de los poderes de administración a [REDACTED] con el que no se llevaba bien y con el

que habían surgido más que discrepancias y que la finalidad al realizar posteriormente las transferencias de la cuenta de la [REDACTED] era evitar que se siguieran generando gastos a la sociedad por una furgoneta que resultaba inútil para aquella y que de hecho solo era utilizada por [REDACTED]. Gráficamente ha explicado el testigo [REDACTED] su opinión sobre los hechos que nos ocupan manifestando que responde solo a “un lío de socios” o a un “problema de socios enfadados”.

Por todo lo cual no habiendo quedado acreditada la existencia de un dolo específico de apropiación en el acusado, y no habiendo quedado acreditada tampoco la incorporación del dinero extraído de las cuentas de la sociedad al patrimonio del acusado ni tampoco un perjuicio de tercero, procede, por aplicación, del principio “in dubio pro reo”, absolver al acusado [REDACTED] del delito continuado de apropiación indebida del art. 252, en relación con el art. 249 y 74 del Código Penal de que venía siendo acusado.

Pero es que tampoco concurren los requisitos del tipo del delito societario del art. 295 del Código Penal, ya que no ha quedado acreditada la salida injustificada de dinero de la sociedad en beneficio del acusado o de un tercero ni tampoco que el acusado haya dispuesto fraudulentamente de los bienes de la sociedad ni que haya contraído obligaciones a cargo de ésta. Y lo que no ha quedado acreditado es que las extracciones realizadas por el acusado hayan causado un directo perjuicio económicamente evaluable a los socios, teniendo en cuenta que la sociedad se encuentra inoperativa, como ha quedado constatado a tenor de la prueba practicada en el acto del Juicio, siendo un hecho admitido, y que las cantidades extraídas se encuentran consignadas en el Juzgado a disposición de la sociedad.

Por su parte, el art. 292 castiga a los que impusieron o se aprovecharon para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho o quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito.

Y lo cierto es que tampoco concurren los requisitos del tipo pues el acuerdo tomado en la reunión del Consejo de Administración de cesar como Consejeros Delegado a [REDACTED] y a [REDACTED] no constituyen en sí mismos acuerdos lesivos para la sociedad, no estando acreditado que se trate de acuerdos lesivos, con independencia de que si, efectivamente, no se hubiera citado a alguno de los miembros del Consejo de Administración a la reunión, el acuerdo podría ser nulo, lo que tampoco se ha acreditado, pero esto no incidiría en la comisión de tipo al no estar probado que se trate de un acuerdo lesivo.

**NOVENO.-** El delito de estafa que define el artículo 248 del Código Penal es una modalidad de delito contra el patrimonio que se caracteriza por la utilización de engaño por un sujeto agente, animado del propósito de lucrarse ilícitamente con bienes ajenos, que determina a otra persona a realizar un acto de disposición patrimonial en su propio perjuicio o en el de un tercero. Preciso es que el engaño utilizado para mover la ajena voluntad sea utilizado precedentemente en el tiempo y que constituya motor razonable y suficiente de la decisión adoptada por el engañado y, por tanto, no es bastante cuando el utilizado sea burdo, fantástico o que para la generalidad de las gentes sea increíble. Para determinar la existencia del elemento nuclear del engaño es preciso atender a la actitud del sujeto agente y, así, existirá el delito cuando éste conozca o haya decidido desde el primer momento de su actuación que no va a cumplir lo que ofrece o promete, lo que implica que el dolo del agente tiene que ser antecedente o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente en la estafa el dolo sobrevenido a la celebración del negocio de que se trate.

Hemos dicho que no queda completamente acreditado a que situación de hecho se pretende ligar el delito de estafa de que se acusa a [REDACTED] pero entendemos que en cualquier caso tendría relación con el hecho de haber realizado las dos trasferencias de cantidades de la cuenta de la sociedad a una propia, aprovechándose del hecho de haber sido nombrado Consejero Delegado en una reunión del Consejo de Administración celebrada irregularmente o no celebrada. Pues bien, lo cierto es que, partiendo de la veracidad de la situación de hecho que refleja el acto de 30 de noviembre de 2.000, es cierto también que [REDACTED] actuó legítimamente al realizar las citadas extracciones al actuar como Administrador Único de la sociedad [REDACTED] y habiéndose comunicado el acta de la

reunión del Consejo en que fue nombrado para tal cargo a la entidad La Caixa, faltando, por tanto el elemento nuclear del delito de estafa, cual es el "engaño bastante", procediendo la libre absolución del acusado [REDACTED] en relación al delito de estafa del art. 248 del Código Penal de que venía siendo acusado.

**DECIMO.-** Absuelto el acusado de todas las acusaciones que pesaban contra él, no cabe sino absolver a los responsables civiles La Caixa y [REDACTED] no sin antes decir que si discutible resultaría una hipotética responsabilidad civil de la citada entidad, que habría actuado en base a un acta de una reunión de Consejo de Administración que le había sido previamente comunicada, más discutible, aún si cabe, resultaría una responsabilidad civil de la Directora de la Sucursal donde se produjo la extracción, [REDACTED] respecto de la cual no ha quedado acreditada actuación negligente alguna, sino una actuación profesional irreprochable, y que equivaldría a la exigencia de una responsabilidad cuasiobjetiva a la misma como consecuencia exclusiva de su cargo como Directora de la Sucursal en cuestión.

Procede la entrega de la cantidad de 34.804,26 euros consignada en las actuaciones por [REDACTED] a la sociedad [REDACTED], en la persona que resulte ser el Legal Representante de la entidad "[REDACTED]" en el momento de la entrega a tenor de la información que conste en el Registro Mercantil, a la vista de las manifestaciones realizadas por aquél en el acto del Juicio manifestando que realizó el ingreso del dinero con la finalidad de que se reintegrara a la entidad [REDACTED] procediendo la devolución del sobrante de 504,22 euros a [REDACTED]

**UNDECIMO.-** De conformidad con los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede la declaración de las costas procesales de oficio, sin que proceda la imposición de costas a la Acusación Particular por no estimarse mala fe ni temeridad en la misma.

Por lo expuesto



## FALLO:

Que debo absolver y absuelvo a [REDACTED] en relación al delito de falsedad en documento mercantil del art. 392, en relación con el art. 390.1, 2 y 3 del Código Penal y en relación al delito continuado de [REDACTED] de los arts. 252, en relación con el art. 248, 249 y 74 del Código Penal de que venía siendo acusado por Ministerio Fiscal y Acusación Particular y debo absolver y absuelvo a [REDACTED] [REDACTED] en relación al delito societario previsto en el artículo 290 del Código Penal, en relación al delito societario del art. 292 del Código Penal y en relación al delito de estafa del art. 248 del Código Penal de que venía siendo acusado exclusivamente por la Acusación Particular; así como en relación al delito societario del art. 295 del Código Penal de que venía siendo acusado por la Acusación Particular con carácter principal y, con carácter alternativo al delito de apropiación indebida, por el Ministerio Fiscal, con todos los pronunciamientos favorables, debiendo absolverse igualmente a las responsables civiles subsidiarias, la entidad CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA ("LA CAIXA") y [REDACTED] en relación a las pretensiones ejercitadas contra las mismas, todo ello con declaración de las costas procesales de oficio.

Procede la entrega de la cantidad de 34.804,26 euros consignada en las actuaciones por [REDACTED] [REDACTED] la entidad "[REDACTED]" en la persona del que resulte ser el Legal Representante de la entidad [REDACTED] en el momento de la entrega, procediendo la devolución del sobrante de 504,22 euros a [REDACTED] [REDACTED]

Líbrese testimonio para unir a autos y llévese el original al libro de sentencias de este Juzgado.

Así, por esta mi sentencia, frente a la que podrá interponerse recurso de apelación dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación en la forma prevista en el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada en el día de su fecha por S.S<sup>a</sup> que suscribe en audiencia pública. Doy fe.



**JDO. DE LO PENAL N. 21  
MADRID**

N.I.G.: 28079 2 7002628 /2008

**JUICIO ORAL NUM.: 42/2008**

**NOTIFICACION.-** En Madrid, a

Teniendo a mi presencia al **PROCURADOR Sr./Sra. D./Dña. JOSE RAMON REGO RODRIGUEZ**, en nombre y representación de **PEDRO VALDECANTOS JIMENEZ DE ANDRADE**, le notifiqué en legal forma la anterior **SENTENCIA** de fecha 30/12/2011, mediante lectura íntegra y entrega de copia literal, indicándole que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 10 días ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, quedando enterado y dándose por notificado. Firma conmigo, en prueba. Doy fe.

**EN CASO DE INTERPONER RECURSO DE APELACION Y PARA EVITAR DILACIONES INNECESARIAS DEBERAN PRESENTAR TANTAS COPIAS COMO PARTES SEAN EN EL PROCEDIMIENTO.**

